



## ACTUALIDAD JURISPRUDENCIAL

Argentina	Pág. 2-9
Bolivia	10
Colombia	11
Costa Rica	12-15
El Salvador	16-27
España	28
Mercosur	29
México	30
República Dominicana	31
Venezuela	32



ACTUALIDAD JURISPRUDENCIAL

ARGENTINA

## SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

H. 356. XXXIX.

Hernández, Guillermo Alberto s/ recurso de  
asación. 21 de marzo de 2006

### Comentario de Javier Solana Álvarez:

La Corte Suprema de Justicia aborda la problemática de la prisión preventiva al tiempo que ahonda en la necesidad de concurrencia de uno de los requisitos para acceder al recurso extraordinario: la sentencia definitiva.

El recurrente, G. A. H., había sido excarcelado por la decisión del juez de grado que había declarado la inconstitucionalidad del art. 171, ap. 2º, inc. f, del Código Procesal local. No obstante, la Sala I de la Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal de San Isidro, Provincia de Buenos Aires, revocó tal decisión denegando la excarcelación. Contra dicho pronunciamiento el recurrente interpuso recurso de casación que fue rechazado por no ser equiparable a sentencia definitiva la resolución impugnada. En consecuencia, interpuso recursos de inconstitucionalidad y de inaplicabilidad de ley que también fueron desestimados. Ello motivó la interposición del recurso extraordinario que nos ocupa, en el cual el recurrente alega vulneración del derecho a la libertad (art. 14 Constitución Nacional) y de las garantías del juicio previo, del debido proceso y de la presunción de inocencia (Art. 18 CN).

La Corte Suprema de la Nación declaró que la decisión que deniega la excarcelación, en tanto restringe la libertad del imputado con anterioridad al fallo final de la causa ocasionando un perjuicio que podría resultar de imposible reparación ulterior, es equiparable a sentencia definitiva por afectar un derecho que requiere inmediata tutela. Así mismo, señaló que la limitación de la libertad personal durante el proceso no puede ser utilizada como remedio tendiente a combatir el auge de determinada delincuencia ante la necesidad de mayor protección de determinados bienes jurídicos en base a la repulsa social de ciertas conductas. Ello desvirtúa la naturaleza cautelar de la prisión preventiva al convertirla en una verdadera pena anticipada.

La Corte declara procedente el recurso extraordinario y deja sin efecto la sentencia apelada. Voto Particular de la Sra. Ministra Dra. Dña. Carmen M. Argibay.

H. 356. XXXIX.

Hernández, Guillermo Alberto s/ recurso de asación.  
21 de marzo de 2006

### Suprema Corte:

#### I

La Sala Primera de la Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal de San Isidro, provincia de Buenos Aires, resolvió -por mayoría- revocar la decisión del juez de primera instancia que

declaró la inconstitucionalidad del artículo 171, apartado 21, inciso f), del código de rito local, según reforma de la ley 12.404 y, en consecuencia, revocó la excarcelación que le había sido concedida a Guillermo Alberto Hernández, bajo caución juratoria (fs. 1/4).

Contra ese pronunciamiento, su defensa interpuso recurso de casación que, al ser declarado inadmisibles (fs. 19/22), motivó los recursos de inaplicabilidad de ley y de inconstitucionalidad que lucen a fojas 49/62 y 63/72, respectivamente.

La Suprema Corte de la provincia de Buenos Aires resolvió desestimarlos (fs. 76).

## II

Para así decidir, sostuvo respecto del primero de ellos que, más allá de la definitividad del pronunciamiento, esa apelación extraordinaria sólo procedía, de conformidad con el artículo 494 del código adjetivo, cuando se alegara la errónea aplicación de la ley sustantiva o doctrina legal de ese tribunal por parte del a quo, lo que no acontecía en el caso pues, se había declarado inadmisibles la vía casatoria por no revestir carácter definitivo la resolución impugnada.

En ese orden de ideas, agregó que no bastaba la simple alegación de que las leyes aplicables o la solución dada al caso fuera contraria a la Norma Fundamental pues, aceptar el acceso a la instancia extraordinaria local con base en esos fundamentos, implicaría la creación de recursos inexistentes con derogación de la ley respectiva.

Por otra parte, en relación con la inconstitucionalidad pretendida, la Suprema Corte bonaerense sostuvo que, al no haberse pronunciado el tribunal de casación sobre ese planteo por razones de orden procesal, la impugnación resultaba inadmisibles por carecer de un requisito indispensable, consistente en la decisión del juzgador de última instancia en contra de las pretensiones del recurrente.

Finalmente, la defensa interpuso recurso extraordinario federal que fue concedido a fojas 91.

En su presentación de fojas 78/89 el recurrente tachó de arbitrarias las decisiones tanto del a quo, como de las instancias anteriores, al sostener que carecían de una debida fundamentación, y que en ellas se omitió la consideración de extremos oportunamente invocados que resultaban conducentes para la solución del caso.

En este sentido, expresó que el superior tribunal de provincia se limitó a invocar una norma ritual para sustentar el rechazo de su jurisdicción, sin considerar y dar respuesta a los argumentos expuestos con base en la doctrina de V.E., en cuanto a que pronunciamientos como el recurrido son equiparables a decisiones definitivas.

Agregó que, de esa misma forma y mediante la utilización de fórmulas dogmáticas y abstractas, el a quo no analizó la cuestión federal que pretendió someterse a su conocimiento, motivada en la arbitrariedad de las sentencias y en la alegada inconstitucionalidad del régimen excarcelatorio bonaerense.

Finalmente, consideró que a raíz de ello resultaron vulneradas las garantías constitucionales de debido proceso, inocencia y defensa en juicio.

### III

En primer término, debo destacar que la Corte ha resuelto que la decisión que restringe la libertad del imputado con anterioridad al fallo final de la causa se equipara a una sentencia definitiva en los términos del artículo 14 de la ley 48, ya que podría ocasionar un perjuicio de imposible reparación ulterior al afectar un derecho que exige tutela inmediata (Fallos: 280:297; 290:393; 307:549; 308:1631; 310:1835; 320: 2105 y 325:3494, entre otros).

Ese criterio fue sostenido también en Fallos: 307:1132; 311:358 y 317:1838 respecto de resoluciones que deniegan la exención de prisión.

### IV

No paso por alto, sin embargo, que V.E. también ha establecido que ese sólo aspecto no resulta suficiente para habilitar la instancia extraordinaria, pues para ello se requiere además que se halle involucrada una cuestión federal o que el agravio se funde en la arbitrariedad (Fallos: 306:262 y 314:451, entre otros) o en los graves defectos del pronunciamiento (Fallos: 314:791, sus citas; 321:1328 y 322:1605) extremos estos últimos que, a mi modo de ver, se verifican en el sub examine.

Entiendo que ello es así, pues el a quo fundó su decisión únicamente en lo dispuesto por el ordenamiento procesal provincial y en la jurisprudencia local, sin atender a la argumentación que, con base en la doctrina de V.E., había realizado la defensa de Hernández y que, según mi parecer y en virtud de lo expresado en el acápite anterior, debió ser atendida.

Al respecto, si bien no desconozco que los jueces no están obligados a tratar todos y cada uno de los argumentos de las partes, sino sólo aquéllos que estimen pertinentes para la resolución del caso (Fallos: 300:522, 1163; 301:602; 302:1191, entre muchos otros), el Tribunal también ha resuelto que son descalificables como actos judiciales válidos aquellas sentencias que omitan pronunciarse sobre cuestiones oportunamente propuestas y conducentes para ello, o lo hacen mediante breves afirmaciones genéricas sin referencia a los temas legales suscitados y concretamente sometidos a su apreciación (Fallos: 298:373; 320:2451; 321:1385, 3663 y 325:1549), en tanto importan una violación a las reglas del debido proceso.

Este criterio resulta de aplicación más rigurosa aún en supuestos como el presente, en que los agravios se encuentran vinculados a resoluciones que deciden sobre el derecho a permanecer en libertad mientras dure el proceso (Fallos: 307:549; 311:652; 312:185; 314:85; 317:1838; 320:2105 y 322:2683, entre otros) al que el Tribunal le ha reconocido jerarquía constitucional (Fallos: 102:219; 280:297; 300:642; 301:664; 308:631; 310:1835, 2245 y 321:3630).

En este orden de ideas, cabe recordar que según tiene establecido V.E., si bien sus sentencias sólo deciden los procesos concretos que le son sometidos y ellas no resultan obligatorias para casos análogos, los jueces inferiores tienen el deber moral de conformar sus decisiones a esa jurisprudencia y, por tal razón, carecen de fundamentación los pronunciamientos de los tribunales que se apartan de los precedentes de la Corte sin proporcionar nuevos argumentos que justifiquen modificar la posición allí adoptada (Fallos: 318:2060 y sus citas).

El defecto apuntado adquiere aún más relevancia, si se advierte que el a quo sostuvo que se veía impedido de pronunciarse respecto del recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley, únicamente con base en la inadmisibilidad resuelta por la casación, sin reparar en que, justamente, esa decisión se había sustentado en la inexistencia de sentencia definitiva.

Asimismo, no puedo dejar de mencionar que, esa manera de resolver importó, a mi modo de ver, desvirtuar la esencia de los recursos ante los superiores tribunales pues, precisamente, lo que el apelante pretendía era la revisión de los fundamentos por el cual se había declarado inadmisibile su impugnación y la Corte bonaerense, sin analizar mínimamente los agravios invocados y a través de una formula dogmática, se valió de la argumentación de su inferior que, reitero, era justamente la que debía examinar, para rechazar su conocimiento del caso.

Por otra parte, creo que el defecto lógico que presenta ese razonamiento resulta más notorio aún en el sub júdice, cuando se advierte que también fue utilizado para rechazar el planteo constitucional invocado por el recurrente.

En este sentido, cabe destacar que el a quo se negó a tratar una cuestión de esa naturaleza, al sostener simplemente que no existía pronunciamiento respecto del punto por parte del juzgador de última instancia sin reparar en que, precisamente, lo sometido a su conocimiento, era la decisión por la cual la casación no admitió la impugnación de la defensa y que, por tal motivo, no se pronunció acerca de la pretendida inconstitucionalidad.

En tales condiciones, el argumento relativo a los presupuestos de admisibilidad de los recursos locales carece de razonabilidad y, en la medida en que aparece desprovisto de sentido, constituye un exceso de rigor formal que ha importado una renuncia a la verdad jurídica objetiva y ha convertido al proceso en un suceso de ritos caprichosos (conf. Fallos: 320:2343, considerando 81 in fine y sus citas) que ha frustrado la aplicación del derecho.

En este orden de ideas, creo oportuno mencionar que el Tribunal ha establecido que la doctrina de la arbitrariedad resulta el medio idóneo para asegurar el respeto de alguna de las garantías consagradas en la Constitución (Fallos: 323:2510, considerando 101, con cita de Fallos: 310:324, considerando 51) por lo que cabe concluir, en función de lo hasta aquí expuesto, que los agravios contra la decisión impugnada guardan nexo directo e inmediato con los preceptos constitucionales que se consideran vulnerados, en los términos y con los alcances del artículo 15 de la ley 48.

Creo igualmente oportuno aclarar que no se hayan en discusión las facultades o atribuciones propias que poseen los Estados provinciales para delimitar la admisión de los recursos locales y que inspiraron el criterio de Fallos: 308:1041; 311:926; 313:922 y 324:2659, entre otros.

Por el contrario, estimo que en el caso, cabe hacer la excepción posible a esa doctrina y admitir el remedio federal

(Fallos: 301:978; 311:948 y 2547; 313:559; 315:29 y 321:1909), pues lo que se cuestiona es la decisión que, con fundamentos arbitrarios, frustró el acceso a la vía procesal intentada con menoscabo de las garantías constitucionales de la defensa en juicio y el debido proceso, que exigen que las sentencias sean fundadas y constituyan una derivación razonada del derecho vigente.

## VI

No obstante que lo hasta aquí expuesto constituye, a mi modo de ver, fundamento suficiente para revocar el fallo apelado por arbitrariedad, pienso que también corresponde descalificar la decisión de la Corte bonaerense, pues aquella

forma de resolver importó, a su vez, apartarse, sin dar fundamentos bastantes para ello (Fallos: 318:2060, ya citado), de la doctrina sentada por el Tribunal a partir de Fallos:311:2478.

## VII

En conclusión, y sin perjuicio de la resolución que pueda adoptarse acerca del fondo, ya sea a favor o en contra de la pretensión del recurrente, opino que V.E. debe revocar el fallo apelado para que, por intermedio de quien corresponda, se dicte uno nuevo conforme a derecho.

Buenos Aires, 8 de abril de 2005.

EDUARDO EZEQUIEL CASAL

Buenos Aires, 21 de marzo de 2006.

Vistos los autos: "Hernández, Guillermo Alberto s/ recurso de casación".

Considerando:

1º) Que la Sala I de la Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal de San Isidro, Provincia de Buenos Aires, revocó la decisión del juez de grado que había declarado la inconstitucionalidad del art. 171, ap. 2º, inc. f, del Código

Procesal local (texto según ley 12.405) y concedido la excarcelación a Guillermo Alberto Hernández bajo caución juratoria.

Contra dicho pronunciamiento la defensa del imputado dedujo recurso de casación que fue rechazado porque la decisión impugnada no era equiparable a sentencia definitiva, circunstancia que determinó la interposición de los recursos de inconstitucionalidad y de inaplicabilidad de ley, los cuales fueron desestimados por la Suprema Corte de Justicia provincial.

Ello motivó la presentación del recurso extraordinario concedido a fs. 91.

2º) Que los recursos presentados ante el máximo tribunal de la jurisdicción provincial se fundaron en la vulneración al derecho a la libertad (art. 14 de la Constitución Nacional) y en la afectación de las garantías del juicio previo, del debido proceso y de la presunción de inocencia (art. 18 de la Constitución Nacional) dado que la cuestionada norma procesal, en tanto frustraba la viabilidad de la excarcelación respecto de imputaciones por delitos cometidos con violencia en las personas, desdibujaba la naturaleza cautelar de la prisión preventiva para transformarla en una pena anticipada.

3º) Que el tribunal a quo consideró que la decisión de la Sala II del Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires no habilitaba su competencia por cuanto ella no resultaba viable ante cualquier reclamo de las partes, sino que previamente era necesario que éstas obrasen conforme a derecho, porque de lo contrario bastaría que introdujesen cualquier cuestión constitucional para abrir su competencia fuera de los límites establecidos por el derecho aplicable, creando recursos inexistentes con derogación de la ley respectiva.

En lo que atañe al recurso de inconstitucionalidad, la denegación se motivó en la circunstancia de que el Tribunal de Casación, por razones procesales, no se había pronunciado sobre el caso constitucional planteado y por ello faltaba una condición indispensable para su admisibilidad, cual era, que existiese al respecto decisión del juzgador de última instancia en contra de las pretensiones del recurrente.

4º) Que es reiterada jurisprudencia de esta Corte que la decisión que deniega la excarcelación, en tanto restringe la libertad del imputado con anterioridad al fallo final de la causa ocasionando un perjuicio que podría resultar de imposible reparación ulterior, es equiparable a sentencia definitiva por afectar un derecho que requiere inmediata tutela en la medida en que se halle involucrada en el caso alguna cuestión federal (Fallos: 314:791; 316:1934; 317: 1838 y 320:2326).

5º) Que lo expuesto pone de manifiesto que la doctrina en que se funda la resolución impugnada no se ajusta a dicha jurisprudencia ni a la desarrollada in extenso por esta Corte en Fallos: 308:490, "Strada"; 311:2478, "Di Mascio", las cuales resultan expresamente aplicables al caso. Al ser ello así, la sentencia de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires debe descalificarse como acto jurisdiccional válido (Fallos: 322:2080).

6º) Que, por lo demás, el Tribunal ya señaló que "la limitación de la libertad personal durante el proceso motivada en el reproche o en la repulsa social de ciertas conductas "por más aberrantes que puedan ser" como remedio tendiente a combatir el auge de determinada delincuencia ante la necesidad de mayor protección de determinados bienes jurídicos, importa alterar arbitrariamente los ámbitos propios de las distintas esferas constitucionales para el ejercicio de prerrogativas legisferantes y desvirtúa la naturaleza cautelar de la prisión preventiva al convertirla en una verdadera pena anticipada, pues la aspiración social de que todos los culpables reciban pena presupone, precisamente, que se haya establecido previamente esa calidad" (Fallos: 321:3630).

Por lo expuesto, de conformidad con lo dictaminado por el señor Procurador Fiscal, se declara procedente el recurso extraordinario y se deja sin efecto la sentencia apelada. Devuélvanse las actuaciones a la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires para que, por quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento conforme a lo resuelto en el presente. Hágase saber.

ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI - ELENA I.  
HIGHTON de NOLASCO - JUAN CARLOS MAQUEDA - E. RAUL ZAFFARONI  
RICARDO LUIS LORENZETTI - CARMEN M. ARGIBAY (según su voto).

VOTO DE LA SEÑORA MINISTRA DOCTORA DOÑA CARMEN M. ARGIBAY

Autos y Vistos:

La resolución de la Suprema Corte de Justicia de la

Provincia de Buenos Aires por la cual se desestimara el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley y de inconstitucionalidad interpuestos por la defensa debe ser equiparada a sentencia definitiva por cuanto, en el caso, se ha invocado la inconstitucionalidad del artículo 171, apartado 2º, inciso f) del Código Procesal Penal local (texto según ley 12.405) en cuanto impide la excarcelación cuando la imputación sea por un delito cometido con violencia en las personas en el caso del robo simple del artículo 164 del Código Penal, con fundamento en que esa disposición vulnera la presunción de inocencia consagrada por el artículo 18 de la Constitución Nacional.

Esta es una regla constitucional que sólo resulta aplicable durante el trámite del proceso, es decir, antes de que la sentencia definitiva disponga la liberación del acusado o la conversión de la prisión preventiva en cumplimiento de una pena de prisión o reclusión. Por ello, si se esperase hasta el dictado del fallo, esta Corte nunca podría revisar la aplicación de la cláusula federal destinada exclusivamente a gobernar decisiones previas. Considero que ésta es la recta interpretación de la doctrina sentada en Fallos: 290:393 y 300:642. En tales precedentes, la equiparación a sentencia definitiva se apoyó en que la garantía constitucional invocada era de carácter procesal y por lo tanto no podría la decisión judicial sobre el punto ser revisada de manera eficaz en la sentencia definitiva que, precisamente, es la conclusión o cierre del proceso.

En efecto, el superior tribunal bonaerense rechazó la vía recursiva intentada únicamente sobre la base de lo dispuesto por el ordenamiento normativo provincial, sin considerar los argumentos de la defensa al sostener que la decisión apelada debía ser equiparada a sentencia definitiva con fundamento en doctrina sentada por esta Corte y, lo que deviene decisivo, sin realizar un mínimo examen del agravio constitucional invocado.

Así, el criterio restrictivo del tribunal provincial para considerar la admisibilidad del recurso de inaplicabilidad de ley y de inconstitucionalidad ha impedido al recurrente obtener un pronunciamiento acerca del agravio federal en cuestión, echando por tierra toda posibilidad de



control constitucional por parte de esta Corte, restricción que no puede ser admitida (cfr. "Di Mascio", Fallos:311:2478).

Por ello, oído el señor Procurador Fiscal, y sin perjuicio de la resolución que pueda adoptarse acerca del fondo, se declara procedente el recurso extraordinario interpuesto y se deja sin efecto la sentencia apelada. Vuelvan los autos al tribunal de origen para que, por quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento conforme a lo aquí expuesto.

Notifíquese

y cúmplase. CARMEN M. ARGIBAY.



## Revista del Foro Constitucional Iberoamericano

### ACTUALIDAD JURISPRUDENCIAL

#### BOLIVIA

..

Sentencia constitucional 0056/2006-R del Tribunal Constitucional : Recurso de habeas corpus. 18 de enero de 2006

Sentencia constitucional 0019/2006 del Tribunal Constitucional : Recurso directo de inconstitucionalidad. 5 de abril de 2006

Sentencias aportadas por Javier Solana Álvarez  
Universidad Carlos III



## Revista del Foro Constitucional Iberoamericano

### ACTUALIDAD JURISPRUDENCIAL

#### COLOMBIA

..

Sentencia C-355 de la Corte Constitucional: **Recurso de inconstitucionalidad contra la ley 599 de 2000. 10 de mayo de 2006**

Aclaración de Voto del magistrado Jaime Araújo. **Sentencia C-355 de la Corte Constitucional.**

Aclaración de Voto del magistrado Manuel José Cepeda. **Sentencia C-355 de la Corte Constitucional.**

Salvamento de Voto de los magistrados Marco Gerardo Monroy y Rodrigo Escobar. **Sentencia C-355 de la Corte Constitucional.**

Salvamento de Voto del magistrado Álvaro Tafur. **Sentencia C-355 de la Corte Constitucional.**



## SUPREMA DE COSTA RICA

20 de diciembre de 2000

Exp: 00-004134-0007-CO

Res: 2000-11403

**SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.** San José, a las quince horas con diez minutos del veinte de diciembre del dos mil.-

Recurso de amparo interpuesto por Fabio Carballo Pérez, mayor, divorciado, abogado, portador de la cédula de identidad número 1-556-791, a favor de María Patricia Arroyo Guerra, mayor de edad, divorciada, arquitecto, vecina de San José, con cédula de identidad número 8-049-222; contra la Dirección General de Tributación Directa.

Resultando:

1.- Por escrito recibido en la Secretaría de la Sala a las diecisiete horas y catorce minutos del veintitrés de mayo del dos mil (folio 1), el recurrente interpone recurso de amparo contra el Director General de Tributación Directa y manifiesta que la Administración Tributaria de Grandes Contribuyentes, Sub Gerencia de Fiscalización, llevó a cabo una auditoría de oficio en la empresa "Representaciones Internacionales Marítimas de Costa Rica Sociedad Anónima" representada por la amparada; que el resultado de esa auditoría llevó a la Administración Tributaria –de conformidad con el artículo 124 del Código de Procedimientos y Normas Tributarias– a tener declaraciones de renta de su representada por falsas, ilegales o incompletas, emitiendo como acto conclusivo un traslado de cargos; que de para ese tipo de Auditorías, la Administración efectuó una entrevista a la amparada, en la cual se omitió advertirle que sus manifestaciones podrían derivar algún tipo de responsabilidad penal en su perjuicio; que el fundamento para el traslado de cargos y el dictado de dos resoluciones posteriores fueron tales declaraciones, las que aquella rindió desconociendo que podrían generarle algún tipo de responsabilidad penal; que los llamados delitos tributarios constituyen un híbrido entre el derecho penal y el derecho tributario, y cualquier denuncia desemboca potencialmente en un procedimiento penal; que en el ordenamiento jurídico costarricense tales delitos -una vez concluida la fase administrativa del proceso- llegan a ser de conocimiento de un Juez Penal y las sanciones a imponer no son de tipo pecuniario, sino privativas de libertad; que por tal motivo, los actos realizados durante la fase administrativa son potencialmente preparatorios para la fase penal, por lo que deben respetar el derecho constitucional a no inculparse o abstenerse de declarar en su perjuicio; que frente al reclamo formulado ante la Administración por ese hecho, ésta ha manifestado que sus actuaciones no se ven afectadas por las disposiciones del Código Procesal Penal ni de la Constitución Política, por tratarse de actuaciones propias del Derecho Tributario; que el punto en discusión no es la posibilidad o probabilidad de la pérdida de la libertad en sí misma, sino la inobservancia o irrespeto al principio constitucional del debido proceso a que tiene derecho el ciudadano, cualquiera que sea la naturaleza del proceso -administrativo o judicial- en que se ve inmerso; que la utilización de prueba fundamentada en declaraciones obtenidas sin haber hecho a la amparada las advertencias ya referidas, hace que tales pruebas sean nulas, pues eventualmente podrían provocar pérdida de libertad en perjuicio de la amparada; que la omisión en advertirle esa circunstancia viola en perjuicio de la amparada lo dispuesto en los artículos 39 y 41 de la

Constitución Política. Solicita el recurrente que se anulen los fallos emitidos por la Administración Tributaria y la entrevista a la amparada, toda vez que la base probatoria se obtuvo en menoscabo de los derechos constitucionales de la señora Arroyo Guerra.

2.- Informa bajo juramento Carlos Alfaro Alfaro, en su calidad de Director General de Tributación (folio 6), que la Administración Tributaria ya agotó todo el proceso y el expediente administrativo está en el Tribunal Fiscal al que le corresponde revisar la legalidad de lo actuado. Indicó que la SubGerencia de Fiscalización llevó a cabo una auditoría de oficio, con la comunicación de actuación fiscalizadora número FAGC-729/98, notificada el veinticuatro de noviembre de 1998, y de conformidad con el artículo 124 del Código de Normas y Procedimientos Tributarios, por el resultado de esa auditoría mediante los traslados de cargos números 275100033-99, 275100034-9 y 275100035-9, se modificaron parcialmente las declaraciones del impuesto sobre la renta de los períodos 96-97. Que la entrevista no es una declaración jurada, pero sí está referida a los hechos consignados en la declaración del tributo en estudio, hecha de conformidad con los artículos 103, 104, 116 y 123 del Código de Normas y Procedimientos Tributarios. El auditor lo que hace en la entrevista es requerirle al declarante aspectos consignados en su declaración, con respecto a las actividades propias por las cuales ha declarado, y es la entrevista la que sirve para verificar el correcto cumplimiento de la obligación tributaria y llegar a la verdad real de los hechos y son las inexactitudes de la declaración las que podrían acarrear eventuales responsabilidades, y que no podría interpretarse que este procedimiento constituya un juicio penal, en donde se deba advertir a un eventual infractor que debe abstenerse de declarar en su contra, por no ser ésta materia de su competencia, ni es el momento procesal oportuno, y desde el momento en que se sospeche de un ilícito tributario penal, se haría la denuncia ante el Ministerio Público, que es el que tiene la competencia para desarrollar el proceso de investigación preliminar, advirtiéndolo al contribuyente de las eventuales consecuencias penales, por lo que considera que no es válido el alegato del recurrente que en la etapa de investigación y verificación se le deba advertir sobre los hechos ya declarados, que podría derivar en algún tipo de responsabilidad penal, y no podría la contribuyente alegar ignorancia de la ley en cuanto a una eventual responsabilidad penal, ni omitir la responsabilidad de sus propios actos que del proceso de fiscalización deriven eventualmente, deberes que están consagrados en el artículo 18 de la Constitución. Estima que el procedimiento tributario y el penal son vías diferentes, es facultad de la Administración Tributaria verificar el correcto cumplimiento de las obligaciones tributarias por todos los medios y procedimientos legales, cerciorarse de la veracidad del contenido de las declaraciones juradas por los medios, procedimientos, análisis e investigaciones legales que estime convenientes, a efecto de determinar la verdadera magnitud del hecho imponible y el tributo que corresponda. Como la parte recurrente argumentó que la Administración Tributaria se fundamentó en la declaración jurada que la amparada rindió y las dos resoluciones posteriores para fundamentar su base fáctica y otorgar el traslado de cargos, eso no es excusa para que la contribuyente por ello incumpla sus obligaciones tributarias, y la contribuyente tenía la obligación de conocer las consecuencias de sus declaraciones y por lo tanto las implicaciones y responsabilidades que deriven de sus propios actos. Sobre el debido proceso, explicó que en virtud del principio de autodeterminación o autoliquidación, es el contribuyente quien declara en los tiempos y formas establecidas, su obligación tributaria, y no puede la Administración intempestivamente modificarle sus declaraciones, sin antes seguir un proceso de determinación de la obligación tributaria, previsto en los artículos 144 y siguientes del

Código de Normas y Procedimientos Tributarios. Solicita que se desestime el recurso planteado.

3.- En los procedimientos seguidos se ha observado las prescripciones legales.

Redacta el Magistrado **Sancho González**; y,

**Considerando:**

**Único.-** La parte recurrente alegó que la Administración Tributaria de Grandes Contribuyentes, Sub Gerencia de Fiscalización, llevó a cabo una auditoría de oficio en la empresa "Representaciones Internacionales Marítimas de Costa Rica Sociedad Anónima" representada por la amparada, el resultado de esa auditoría llevó a la Administración Tributaria a tener declaraciones de renta de su representada por falsas, ilegales o incompletas, emitiendo como acto conclusivo un traslado de cargos, la Administración efectuó una entrevista a la amparada, en la cual se omitió advertirle que sus manifestaciones podrían derivar en algún tipo de responsabilidad penal, y el fundamento para el traslado de cargos y el dictado de dos resoluciones posteriores fueron esas declaraciones, las que aquella rindió desconociendo que podrían generarle responsabilidad penal porque los delitos tributarios constituyen un híbrido entre el derecho penal y el derecho tributario, y cualquier denuncia desemboca potencialmente en un procedimiento penal, por tal motivo, los actos realizados durante la fase administrativa son potencialmente preparatorios para la fase penal, por lo que deben respetar el derecho constitucional a no inculparse o abstenerse de declarar en su propio perjuicio. La parte recurrida argumentó que actuó apegada al ordenamiento jurídico, y que la entrevista no es una declaración jurada, el auditor lo que hace es requerirle al declarante aspectos consignados en su declaración, con respecto a las actividades propias por las cuales ha declarado, y es la entrevista la que sirve para verificar el correcto cumplimiento de la obligación tributaria y llegar a la verdad real de los hechos, son las inexactitudes de la declaración las que podrían acarrear eventuales responsabilidades, y que no podría interpretarse que este procedimiento constituya un juicio penal, en donde se deba advertir a un eventual infractor que debe abstenerse de declarar en su contra, por no ser ésta materia de su competencia, ni es el momento procesal oportuno. El aspecto jurídico que se debate en la especie, es la validez de la declaración que la amparada dio en la entrevista que forma parte del procedimiento administrativo tendente a averiguar la verdad de los hechos, se alegó que es nula por no haber sido advertida la declaración de las consecuencias eventualmente penales de sus manifestaciones, lo que violenta el derecho a no declarar contra sí mismo. Al respecto debe observarse que estamos ante un procedimiento de índole administrativa, que no penal, y en consecuencia tiene su propia normativa que cumplir, dentro de la cual no existe la advertencia que sí forma parte del proceso penal, por lo que esa declaración resulta válida para los fines que cumple, cual es ser parte de la investigación administrativa que determinará si se cumplió o no con la obligación tributaria. En lo que al proceso penal respecta, si a la amparada no se le hicieron las advertencias de ley, no puede tomarse como prueba su declaración en la fase administrativa, porque dentro del proceso penal, rige entre otros, el principio de que no puede obligarse a una persona inculcada a declarar contra sí misma, y en consecuencia puede abstenerse de declarar, y la entrevista que fue recabada durante el procedimiento administrativo tributario, no sirve como prueba dentro del proceso penal por no contener

los requisitos que una indagatoria debe cumplir. Así las cosas la entrevista es válida para sus fines dentro del procedimiento tributario, pero no sirve como prueba dentro del proceso penal que se genere a raíz de la determinación de un ilícito penal tributario, y lo procedente es entonces declarar sin lugar el recurso.

**Por tanto:**

Se declara sin lugar el recurso.

Luis Fernando Solano C.  
Presidente, a.i.

Eduardo Sancho G.

Adrián Vargas B.

Susana Castro A.

Carlos M. Arguedas R.

José Luis Molina Q.

Gilbert Armijo S.



ACTUALIDAD JURISPRUDENCIAL

EL SALVADOR

## CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA DE LO CONSTITUCIONAL SENTENCIA I47-2003

### Comentario de María José Ruiz Sánchez.

La presente sentencia versa sobre la constitucionalidad de un artículo de la ley salvadoreña de inmigración que prohíbe la entrada al país de personas que profesen ideas anárquicas o contrarias a la democracia.

Los demandantes, que originariamente también habían impugnado otros preceptos por supuestas violaciones al principio de igualdad, alegan una contradicción con el sistema político pluralista declarado en la Constitución, a lo que la Asamblea Legislativa y el Ministerio Fiscal oponen la necesidad de defender el orden público y el sistema democrático establecido en la Constitución.

La Sala falla finalmente a favor de los demandantes fundamentando su decisión en una exposición sobre el pluralismo como base del sistema democrático, el contenido de la libertad ideológica y el ejercicio de ésta como criterio de fijación de las causas de denegación de permanencia o ingreso a los extranjeros en el territorio nacional.

### Sentencia I47-2003

Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, San Salvador a las catorce horas del día diecinueve de abril de dos mil cinco.

El presente proceso de inconstitucionalidad ha sido promovido por los ciudadanos Wendy Elizabeth Campos de Castaneda, mayor de edad, estudiante, de este domicilio; Alma Yaneth Guerrero Contreras, mayor de edad, estudiante, del domicilio de Santa Tecla; Meybell María Torres González, mayor de edad, estudiante, de este domicilio; Hugo Gabriel Herrera, mayor de edad, estudiante, del domicilio de Santa Tecla; y Eliseo Antonio Merino Portillo, mayor de edad, estudiante, del domicilio de Santa Tecla; para que en sentencia definitiva este tribunal declare la derogatoria genérica, por inconstitucionalidad, del *art. 10 letra b)* del D. L. n° 2772, de 19-XII-1958, publicado en el D. O. n° 240, de 23-XII-1958, que contiene la *Ley de Migración*, por la supuesta violación al art. 6 Cn.

La disposición impugnada prescribe:

"Art. 10. En ningún caso se permitirá el ingreso al territorio nacional, en calidad de Residentes Temporales o Definitivos, a las personas siguientes: (...) b) Las que profesen ideas anárquicas o contrarias a la democracia".

I. En el trámite del proceso, los intervinientes expusieron lo siguiente:

1. A. Los demandantes afirmaron que el art. 10 letra b) de la Ley de Migración contraría los arts. 3 y 6 Cn., pues negar el ingreso al territorio nacional en calidad de residente temporal o definitivo a los extranjeros que profesen ideas contrarias a la democracia, significa una desaprobación al derecho de profesar o tener una creencia o



inclinación hacia una doctrina o ideología; lo cual es una forma de pensamiento que la misma Constitución permite en el art. 85, al declarar que el sistema político es pluralista.

Aunado a lo anterior –afirmaron–, el art. 97 inc. 2º Cn. preceptúa que los extranjeros que directa o indirectamente participen en la política interna del país, pierden el derecho a residir en él; sin embargo, esa limitante es extendida a extranjeros que profesen ideas o determinadas ideologías; en este caso, por ideologías anárquicas se entiende la "falta de gobierno en un Estado", concepción utópica e impracticable en la actualidad.

Por otro lado –siguieron–, la Ley de Migración confundió la facultad que el art. 97 Cn. otorga al establecer los casos y forma en que se negará la entrada al extranjero y de la misma manera le concede la permanencia en el territorio nacional, ya que lo establecido en la disposición impugnada es sobre una situación que debe suceder antes de ser sancionado, es decir, lo que se sanciona es el posible efecto negativo que podría causar una exteriorización dentro del territorio nacional de ideas anárquicas o contrarias a la democracia; por tanto, no debería ser una prohibición de ingreso, sino una prohibición de permanencia.

B. Asimismo, vale la pena mencionar que, originalmente, los demandantes pretendían la inconstitucionalidad del art. 10 letra b) de la Ley de Migración por la supuesta violación al derecho de igualdad, consagrado en el art. 3 Cn.; en ese sentido, los peticionarios sostuvieron que con la disposición impugnada se discrimina al extranjero, por el hecho de tener una tendencia de pensamiento que un nacional podría hasta exteriorizar o difundir sin ser previamente censurados.

Las tendencias que hoy se profesan de la noción de Estado –dijeron–, son que éste sea democrático, pluralista, un Estado de Derecho; por tanto, el art. 10 letra b) de la Ley de Migración no tiene razón de ser, pues no se concibe un Estado sin Gobierno, sino un Estado de Derecho, donde se tutelen y garanticen los derechos de las personas, los cuales se deben ejercer en igualdad de condiciones.

C. Asimismo, la demanda contemplaba la impugnación del art. 36 letra h) de la misma Ley, por la supuesta violación al art. 3 Cn., pues –a criterio de los demandantes– el legislador se extralimita en el ejercicio de sus potestades al plantear dentro de la disposición impugnada un requisito al extranjero para permitir su residencia en el territorio nacional: su raza.

El principio de igualdad –manifestaron–, se da a conocer como condición jurídica exigida por la idea de la persona humana; desde el punto de vista moral y filosófico-jurídico, igualdad quiere decir ante todo, igualdad en cuanto a la dignidad de la persona humana y, por tanto, igualdad en cuanto a derechos fundamentales o esenciales.

Por tanto –concluyeron–, la Ley de Migración, al incluir en el art. 36 letra h), como requisito para optar a la residencia definitiva en nuestro país, una distinción entre personas según su casta u origen filiatorio, establece una discriminación; ya que la naturaleza del principio de igualdad, es precisamente caracterizar a las personas como seres humanos, sin diferenciarlos por sus características físicas.

2. En relación con los motivos de impugnación relacionados con las supuestas violaciones al principio de igualdad, esta Sala por Resolución de 2-XII-2003, previno a los demandantes en los siguientes términos:

A. En reiterada jurisprudencia –Sentencias de inconstitucionalidad 17-95, 15-96, 14-98, 3-95– este tribunal ha sostenido que cuando se alegue una supuesta violación al art. 3 Cn., es necesario que el actor exponga –además de las razones por las cuales considera que en la normativa impugnada existe una violación a tal principio– debe precisar los motivos por los cuales considera que esa diferenciación o equiparación –según sea el caso– no obedece a los principios de razonabilidad y proporcionalidad; es decir, que no solo debe alegarse un tratamiento desigual sino que además debe argumentar la no justificación del mismo, esto es, los motivos por los que considera que tal diferenciación o equiparación contenida en la disposición impugnada, no tiene razón suficiente de ser; es decir, que no tenga fundamentos o que teniéndolos, éstos no respondan a fines constitucionales, convirtiéndose en una discriminación.

En ese sentido, en relación con la inconstitucionalidad del art. 10 letra b) de la Ley de Migración, esta Sala previno a los demandantes para que establecieran con toda claridad los motivos tendentes a evidenciar su inconstitucionalidad, es decir, que precisaran la irrazonabilidad en el parámetro de diferenciación, que a su criterio contiene la disposición impugnada; asimismo, que manifiesten en comparación de qué situación o de cuáles sujetos se da el trato desigual, en cuanto a la supuesta violación al principio de igualdad.

Asimismo, en cuanto a la inconstitucionalidad del art. 36 de la Ley de Migración, por la supuesta violación al principio de igualdad, se previno a los demandantes para que expusieran los motivos técnico-jurídicos que sustenten la inconstitucionalidad de las letras c) y h), es decir, que sobre tal motivo de inconstitucionalidad de las disposiciones señaladas, expusieran la argumentación necesaria que habilite un pronunciamiento de fondo.

B. Verificado el plazo establecido en el art. 18 de la L. Pr. Cn., sin que se corrigieran las irregularidades expresadas en la resolución de prevención mencionada, se verificó la indeterminación de los elementos que configuran la causa de hecho de la pretensión incoada, y dado que la exteriorización y fijación de los mismos es carga exclusiva de la parte actora, y no son susceptibles de ser suplidos por este Tribunal, se declaró la *inadmisibilidad* de la demanda respecto de la inconstitucionalidad de los arts. 10 letra b) y 36 letras c) y h) de la Ley de Migración, por la supuesta violación al art. 3 Cn..

En ese sentido, la admisión de la demanda se realizó únicamente por el motivo que no fue objeto de prevención por haberse configurado adecuadamente los fundamentos tanto materiales como jurídicos: la inconstitucionalidad del art. 10 letra b) de la Ley de Migración, por la supuesta violación al art. 6 Cn.

3. La Asamblea Legislativa, como autoridad demandada en el presente proceso, rindió informe en el cual justificó la constitucionalidad de la disposición impugnada de la siguiente manera:

A. Tomando en cuenta por separado –dijo– los vocablos *orden* y *público* que se relaciona con aquello que es propio del pueblo, la generalidad o la nación, es decir, que las normas de orden público o las instituciones que regulan, están por arriba del mero interés de los particulares.

Por lo cual afirmó, haciendo cita textual de la doctrina sobre el tema, que podría conceptuarse al orden público como el arreglo de las instituciones indispensables a la existencia y fundamento del Estado y que miran a la Constitución, a la organización y al movimiento del cuerpo social, así como las reglas que fijan el Estado y la capacidad de las personas.

Sobre la base de lo antes expuesto –siguió– los demandantes consideran que se limita discrecional y arbitrariamente el ingreso al país de cualquier persona o extranjero; cuando que fue el mismo legislador el que con sabiduría establece que toda persona tiene la libertad de entrar y de permanecer en el territorio de la República y salir de éste, salvo las limitaciones que la ley establezca; razones por las cuales la autoridad demandada consideró que no existe violación alguna al art. 6 Cn.

B. El art. 10 de la Ley de Migración –continuó– se encuentra en el Capítulo II de la ley en mención, titulado "Del Ingreso y Clasificación de los Extranjeros". En ese sentido, tomando en cuenta que las personas que profesan ideas anárquicas son aquellas que hacen cada cual lo que quiera, dentro de lo que pueda; y que el anarquismo, de materializarse significa un Estado sin autoridad, falto de gobierno o carente de leyes. Y por otra parte, que la palabra *democracia* procede del griego *demos*, que significa pueblo y *cratos* que significa poder o autoridad, por democracia se entiende el predominio popular en el Estado, el gobierno del pueblo por el pueblo, o al menos a través de sus representantes legítimamente elegidos.

Este vocablo –agregó– es considerado como una forma de Estado, dentro de la cual la sociedad entera participa o puede participar, no solamente en la organización del poder público, sino también en su ejercicio, y donde teóricamente la democracia se basa en cuanto a la forma en la intervención popular en el gobierno, mediante el sufragio relativamente universal y libre, la libertad de discrepancia y el derecho de oposición pacífica; y se propone en el fondo impulsar el bienestar de todas las clases sociales, y con preferencia para restablecer la igualdad.

En relación con la disposición impugnada –afirmó–, si bien es cierto por principio constitucional –art. 5 Cn.– toda persona tiene la libertad de entrar y de permanecer en el territorio de la República y salir del mismo, la Constitución también faculta a nuestros legisladores a limitar ese derecho, al prescribir en el art. 97 inc. 1º Cn. que las leyes establecerán los casos y la forma en que podrá negarse al extranjero la entrada o la permanencia en el territorio nacional.

Por lo antes expuesto –concluyó– no existe violación constitucional al art. 6 Cn., en cuanto al contenido del art. 10 letra b) de la Ley de Migración; por tales razones, la Asamblea solicitó que se declare en sentencia definitiva dicha circunstancia.

4. El Fiscal General de la República en funciones, Romeo Benjamín Barahona Meléndez, en cumplimiento del art. 8 L. Pr. Cn. presentó informe en el cual sostuvo la constitucionalidad de la disposición impugnada en los siguientes términos:

A. Nuestro ordenamiento constitucional consagra la libertad de expresión, es decir el derecho que tienen todos los habitantes de la República, sin distinción alguna, a expresar y difundir libremente sus pensamientos; al respecto, el Constituyente de 1983 no determinó cuál es el alcance de los términos *expresar* y *difundir*, pero entendemos que comprende *escribir, imprimir o publicar*.

La Comisión Redactora de la Constitución de 1983 suprimió la prohibición de propaganda de doctrinas anárquicas o contrarias a la democracia, por considerar que la limitación relativa a la subversión del orden público era más apropiada, puesto que se trata de un concepto de más fácil tipificación que está directamente relacionado con la supresión violenta del orden jurídico y político del Estado.

Este pensamiento –afirmó– que primó en la Comisión no significa que el Estado permanezca inerte frente a los ataques ilegítimos, violentos, que pretendan suprimir el sistema consagrado en la Constitución. Por eso es que la libertad de expresión y difusión del pensamiento se limita por razón de la subversión al orden público.

Este derecho se limita –continuó– por razones de orden público, moral, honor y vida privada de los demás, constituyendo ejemplo de limitación el art. 2 inc. 2º Cn., que se refiere al derecho al honor, la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. También existen limitaciones con respecto a los extranjeros, ministros de cualquier culto religioso y miembros del servicio activo de la Fuerza Armada y los miembros de la Policía Nacional Civil, consistentes en que no pueden hacer propaganda política de ninguna forma.

B. A pesar de lo expresado por la Comisión –dijo–, se considera que las limitaciones son muy vagas e imprecisas, quedando la estimación de tales consecuencias, al arbitrio subjetivo y discrecional de las autoridades judiciales y administrativas.

Luego de hacer referencia textual de algunas consideraciones doctrinarias y jurisprudenciales del derecho a la libertad de expresión y difusión del pensamiento, el Fiscal concluyó su informe manifestando que el art. 10 letra b) de la Ley de Migración no vulnera lo prescrito por el art. 6 Cn., pues ha quedado claro –dijo– que la libertad de expresión debe ser entendida siempre que no se subvierta el orden público y otros derechos que la misma Constitución otorga.

Ello significa –agregó– que el Estado pretende evitar que, cuando se mezclan intereses contrapuestos que se desbordan en apasionamientos con matiz de índole político, derivadas de actividades individuales o colectivas que produzcan perturbaciones o conflictos, violentando el orden público en un Estado de paz, debe, por tanto, limitarse el derecho a expresar y difundir libremente los pensamientos.

Con base en las razones señaladas, el Fiscal General solicitó que, en sentencia definitiva, se declare la constitucionalidad del art. 10 letra b) de la Ley de Migración, por no vulnerar lo dispuesto en el art. 6 de la Constitución.

**II.** Expuestos los argumentos de la parte actora para evidenciar la inconstitucionalidad de la disposición impugnada, las razones aducidas por el órgano emisor –Asamblea Legislativa– y la opinión del Fiscal General de la República, corresponde ahora exponer el orden lógico que ha de seguirse en la fundamentación de la presente decisión, a fin de decidir en el fondo sobre los planteamientos esgrimidos en la demanda.

En ese sentido, en un primer término, se expondrán algunas nociones sobre el pluralismo, en tanto que base del sistema democrático (**III**), para luego, integrándolo con el art. 6 Cn., plasmar el contenido del derecho a la libertad ideológica, como verdadero sustento de la pretensión en el presente caso (**IV**), finalmente, con base en ello, y haciendo uso del criterio de interpretación histórico, se determinará si el ejercicio de dicha libertad es

criterio constitucionalmente admisible en la fijación de las causales de denegación de permanencia o ingreso a los extranjeros en el territorio nacional (V); y luego dictar el fallo que corresponda conforme a la Constitución.

**III. 1.** Una sociedad sin conflictos no es posible, por lo cual la necesidad de conciliar las contradicciones existentes hace imperioso el establecimiento de un sistema que evite los excesos mediante la autorregulación, fomentada por el libre debate, es decir, en el que predomine el principio democrático.

El Estado y sus órganos no poseen una dignidad ontológica superior al individuo, sino que forman una función al servicio del ciudadano, ya que toda su razón de ser se reduce a suministrar las bases para el florecimiento de la sociedad. El estado no es algo anterior a la persona humana, o un ente derivable de nociones y desarrollos metafísicos; es solo el ordenamiento necesario para garantizar los derechos de la persona humana.

No es así, por tanto, que el Estado concede graciosamente a sus ciudadanos unos derechos básicos y un espacio libre de la intromisión estatal. El Estado, por el contrario, obedece a un modelo gubernamental cuyo punto de partida y cuyas pautas de limitación son el ciudadano y su desarrollo; en ese sentido el deber del Estado es ofrecerle posibilidades de libre desenvolvimiento. Bajo esa perspectiva, el Estado debe establecer las reglas generales para regular las relaciones de los ciudadanos entre sí, reglas que preservando la libertad individual, permanezcan neutrales en dichas relaciones particulares.

Las anteriores afirmaciones se ven complementadas con la idea de tolerancia –ya sea política o religiosa–, pues en ella subyace el objetivo de instaurar normas provenientes de principios estrictamente racionales y justificados mediante el debate correspondiente en la opinión pública; pues en definitiva, la racionalidad de las normas no se deriva de una verdad cuya validez está asegurada mediante reflexiones metafísicas, o de un bien común, reconocible por todos y substancialmente prefijado, sino de la concurrencia irrestricta de muy distintas opiniones y concepciones.

A ello obedece el principio pluralista consagrado en el art. 85 Cn., que recoge y amplía la concurrencia libre de opiniones por medio del antagonismo de intereses y manteniendo la concepción de una racionalidad política derivada de procesos contendientes entre sí. La democracia pluralista vive de la tensión entre lo controvertido y el *consenso*, entre el ámbito de la política –donde existen y deben existir diferencias en torno a las soluciones de los problemas sociales– y el terreno de las reglas del juego o normas previamente establecidas.

Ese consenso no es algo absoluto, sino una idea general del bien común, que varía según los tiempos y la evolución social y tecnológica; precisamente, el consenso surge cuando hay una multiplicidad de alternativas, doctrinas e intereses, es decir, cuando en el proceso decisorio se toman en cuenta esa diversidad de pareceres.

En ese sentido, una parte esencial del consenso reside en el respeto inviolable a las reglas del juego: las formas y procedimientos institucionales deben ser observados estrictamente en las luchas políticas y en los debates ideológicos. Por el contrario, el peligro del totalitarismo empieza cuando emerge el menosprecio oficial a las opiniones disidentes, cuando se descalifica a los pareceres divergentes.

2. Generalmente el análisis del art. 85 Cn. ha venido determinado por el contexto político-electoral dentro del cual se incluye dicha disposición –en tanto que establece que el gobierno es republicano, democrático y representativo, y como consecuencia de ello el sistema político es pluralista–; sin embargo, el contenido prescrito en dicha norma puede también extenderse abordarse desde una perspectiva independiente del sistema electoral.

Efectivamente, además de promover la participación de los individuos en la toma de decisiones en la vida política –Sentencia de 20-VII-99, pronunciada en el proceso de Inc. 5-99– el establecimiento imperativo del principio de pluralismo, también exige del Estado una actitud pasiva frente a la diversidad humana, que se materializa –para el caso– en el pluralismo ideológico.

En otras palabras, como elemento central de la legitimidad democrática, el pluralismo no es sólo político, sino además ideológico, pues expresa una libertad de participación en la que el poder es una idea incompatible con posiciones ideológicas dogmáticas; así, el pluralismo político es condición *sine qua non* de la democracia misma y del respeto a la autonomía individual y su expresión primera son los partidos políticos –pero también las demás manifestaciones básicas de la participación ciudadana–.

El pluralismo es el marco mismo de la convivencia social, entendida como el espacio en que se encuentran –y confrontan– diferentes visiones del mundo, diversas identidades valorativas; asimismo, como principio político, enriquece la diversidad de propuestas valorativas, la necesidad de conocerlas y comprenderlas como un elemento que aumenta la propia autonomía, la capacidad de elección. En otras palabras, el principio en comento, exige evitar la identificación previa de una opinión o visión de mundo como la única que proporciona la identidad social sobre la que se construye el orden jurídico y político.

Por tanto, con el pluralismo como principio constitucional, no se hace referencia sólo al respeto de la diversidad de opiniones o *ideologías*, sino también al principio de igualdad que le sirve de fundamento axiológico, pues la violación al pluralismo se suele concretar en una interferencia de los poderes públicos que impide o dificulta el acceso de determinados individuos o grupos a una participación política, sindical, cultural, etc., en condiciones de igualdad.

El pluralismo se define entonces como la relativización de la propia forma de existencia, atendiendo a las pretensiones legítimas de los demás, sus formas de vida, al reconocimiento de los otros como iguales en derechos, con todas sus idiosincrasias, y la consecuente prohibición de universalizar la propia identidad, de excluir y condenar todo cuanto sea distinto a ella, haciendo los ámbitos de tolerancia mucho más amplios.

**IV. 1.** A partir de lo apuntado, la libertad ideológica prescrita y garantizada en el art. 6 Cn., integrado con el pluralismo establecido en el art. 85 Cn., puede considerarse un derecho con un contenido constitucional propio, con un objeto de protección autónomo, distinto al derecho a la libertad de expresión u otras categorías que pudieran derivarse del art. 6 Cn.

Y es que, si bien los demandantes alegan una violación a esta última disposición constitucional, de los argumentos plasmados en la demanda puede advertirse que el contraste normativo –objeto de su pretensión– se entabla en relación con la libertad

ideológica, pues sostienen que la expresión –de allí la confusión de los demandantes– de determinada ideología política –anarquismo, para el caso– es objeto de sanción migratoria para los extranjeros; de ello se advierte que, en el presente caso, la supuesta inconstitucionalidad no se entable en relación con el ejercicio de la libertad de expresión, sino de la adopción y consecuente exteriorización de determinada ideología.

Es decir, el verdadero sustrato de la pretensión descansa en la imposibilidad de los extranjeros de externar sus preferencias ideológicas, en tanto que sean anárquicas o contrarias a la democracia; en este caso, tal exteriorización prescrita en el verbo rector "profesar", se vincula con mayor fuerza al ejercicio de la libertad de expresión, pero la acción realmente controvertida es si el Estado puede castigar o penalizar la adopción de determinada ideología.

Para determinar dicha situación, en un primer término, debe diferenciarse un derecho –libertad de expresión– del otro –libertad ideológica–, pues a pesar que exista una vinculación cronológica –en tanto que determinada ideología se llegue a expresar o difundir– su ámbito de protección es sustancialmente distinto.

Así, la libertad de expresión consiste en la libre *transmisión, emisión, divulgación, distribución o comunicación o recepción de ideas o informaciones* de toda índole, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística o por cualquier otro procedimiento de la elección del titular. Mientras que, en un ámbito interno, la libertad ideológica se desenvuelve como la *pluralidad de opciones de creencias sobre lo trascendente, y la libre aceptación de una u otra ideología, incluso distinta a las concepciones dominantes*.

Ciertamente, la libertad ideológica no se agota en una dimensión interna del derecho a adoptar determinada posición ante la vida y cuanto le concierne y a representar o enjuiciar la realidad según personales convicciones. Comprende además una dimensión externa de *agere licere* con arreglo a las propias ideas, sin sufrir por ello sanción o demérito ni padecer la compulsión o la injerencia de los poderes públicos.

Se advierte, entonces, que el examen de constitucionalidad de la disposición impugnada debe realizarse en relación con la libertad ideológica en tanto que el esencial sustrato fáctico de la pretensión que nos ocupa se fundamenta en una supuesta violación en la prohibición estatal hacia los extranjeros de tener la posibilidad de optar por determinada preferencia ideológica.

2. En ese sentido, corresponde ahora exponer las implicaciones del término ideología –como objeto o ámbito susceptible de protección en el ejercicio de la libertad ideológica–, para luego caracterizar el contenido y alcance de dicho derecho.

Así, desde un punto de vista colectivo, *ideología* se instaura como categoría genérica integradora de las *ideas y valores concernientes al orden político que tienen la función de guiar los comportamientos políticos colectivos*. Mientras que, desde una perspectiva individual, la adopción de determinada *ideología* representa la libre configuración de la *propia visión del mundo y la libre exteriorización de la misma mediante declaraciones o mediante la forma de vida escogida*.

En ese sentido, la pluralidad de ideologías desempeña una función integradora para los sistemas políticos, pues los procedimientos y formalidades que persiguen expresar

determinado grado de consenso se legitiman a través de la necesaria interrelación de las distintas concepciones o ideas sobre el tema que se decide.

Efectivamente, la legitimidad democrática de las decisiones no descansa en el simple hecho de posiciones u opiniones dominantes o mayoritarias, sino que se basa en la participación libre e igualitaria en el proceso de adopción de las mismas, incluso de aquellos que no las comparten. De ahí nace la democracia misma, en lo heterogéneo del sistema de toma de decisiones, precisamente en cuanto plural.

3. La libertad ideológica consiste, por tanto, en la posibilidad de formarse cada persona su propia cosmovisión, con el conjunto de ideas, conceptos y juicios que cada persona tiene sobre las distintas realidades del mundo y de la vida, tanto en el ámbito político, como cultural, filosófico o científico –entre otros–.

La relación de la libertad ideológica con el sistema democrático está más arraigada al configurarse como un derecho bidireccional: por un lado, no sólo es manifestación de una libertad individual, sino que –en tanto colectivizado–, al mismo tiempo es presupuesto o condición de posibilidad y efectividad de los principios democrático y pluralista, al posibilitar la diversidad política y la participación de opiniones diversas en el proceso político.

Desde esta óptica, el contenido de la libertad ideológica prohíbe al Estado ejercer toda injerencia o coacción dirigida, bien a mediatizar el proceso de formación de la propia visión del mundo, bien a obtener una declaración del ciudadano sobre sus creencias o, una vez exteriorizadas éstas voluntariamente, toda discriminación o sanción por razón de las mismas; ello sin perjuicio de que puedan sancionarse los comportamientos antijurídicos en sí mismos, pero no en consideración al pensamiento o ideología que los motiva.

Por ello, la posición jurídica del Estado como sujeto pasivo de la libertad ideológica viene definida, de un lado, por las implicaciones negativas derivadas del principio de la neutralidad ideológica del Estado, en la medida en que éste se desdobra a su vez en un conjunto de garantías para el sujeto activo que tienen en común la generación de prohibiciones u obligaciones negativas o de abstención para los poderes públicos. Es decir, dicha libertad comporta para el Estado la prohibición de toda intervención, injerencia o coacción, tanto en el proceso de formación de las propias creencias, como en el libre ejercicio de la opción de reservar para sí o manifestar las mismas y, naturalmente, de toda actuación impeditiva de la manifestación externa de la propia posición ideológica.

4. En lo que se refiere a su dimensión interna y personal, el derecho de libertad ideológica se configura como una libertad íntima que integra un ámbito irrestricto, ilimitado e incoercible, no estando sujeto el fuero interno del individuo a injerencia exterior alguna al hallarse sustraída la ideología al control de los poderes públicos.

La libertad ideológica no constituye, como es obvio, una mera libertad interior, sino que dentro de su contenido se incluye la posibilidad de su manifestación externa. Asimismo, es claro que esta manifestación externa no se circunscribe a la oral o escrita, sino que incluye también la adopción de actitudes y conductas.

Sin embargo, la libertad ideológica no es un fin en sí misma, sino un medio o instrumento para realizar otros valores; entre los cuales destacan la autonomía o libertad de



acción, el pleno desenvolvimiento de la persona humana, la democracia pluralista; pues, en definitiva, la libertad en mención tiene su más perfecto acomodo en una comunidad de individuos.

Ahora bien, la irrelevancia jurídica del pensamiento lo es tan sólo a los efectos de poder integrar una circunstancia a la que el ordenamiento jurídico anude consecuencias desfavorables, pero no implica que la ideología sea un bien desprovisto de protección jurídica sino que, al contrario, constitucionalmente se encuentra garantizado el no poder ser condenado o sancionado, sino por acción o omisión, esto es, por un hecho visible y concreto, no por pensamientos, deseos o tendencias; en el mundo interior de la persona existe, por tanto, un ámbito irrelevante para el ordenamiento jurídico si no va acompañado de una acción u omisión lesiva, externa y objetivamente verificable.

Sólo cabe, pues, hablar de limitaciones a la libertad ideológica a partir del momento en que el ejercicio de la misma trasciende la esfera personal de su titular mediante alguna de sus manifestaciones externas, es decir, cuando se utilizan medios violentos para imponer o forzar a otros la aceptación de los propios criterios.

V. Establecidas las anteriores nociones sobre el art. 6, cuya integración normativa con el art. 85 —ambos de la Constitución— deriva en el reconocimiento de un contenido constitucional propio a la libertad ideológica; corresponde ahora analizar si el ejercicio de ésta por extranjeros puede constituir parámetro de sanción migratoria.

1. En nuestro país el marco de la condición jurídica de extranjero se ha elevado a rango constitucional, con desarrollo legal de sus derechos y libertades en una normativa preconstitucional. En la consideración del tema hemos de partir del marco que a la condición de extranjero confiere la Constitución en del Título IV del Capítulo III —arts. 92 al 100 Cn.—

Específicamente en los arts. 97 y 100 Cn., se establece la remisión al legislador secundario para desarrollar la situación jurídica, los términos y condiciones del estatus migratorio de los extranjeros en el territorio nacional, así como las causas para denegar el acceso o permanencia de los mismos en el territorio nacional.

Ahora bien, la remisión al legislador secundario no significa absoluta libertad en cuanto a la titularidad de determinados derechos. Por el contrario, el legislador ha de tener presente los límites establecidos en la Constitución misma. Una cosa es, en efecto, autorizar diferencias de trato entre nacionales y extranjeros en el goce de los derechos de participación política, y otra muy distinta es la titularidad de los derechos inherentes a la dignidad humana.

2. Debe tomarse en consideración como dato relevante para modular el ejercicio del derecho, que en algunos casos la nacionalidad o ciudadanía del titular resulta independiente del derecho, es decir, existen determinadas categorías subjetivas que *pertenecen a la persona en cuanto tal y no como ciudadano*.

En definitiva, para el caso de los extranjeros, la determinación del alcance de sus derechos depende en gran medida del derecho afectado; así, *existen derechos que corresponden por igual a nacionales y extranjeros* y cuya regulación ha de ser igual para ambos; *existen derechos que no pertenecen en modo alguno a los extranjeros* —como los derechos políticos—; *existen otros que*

*pertenecerán o no a los extranjeros según lo dispongan los tratados, los principio de Derecho Internacional y las leyes*, siendo entonces admisible la diferencia de trato con los nacionales en cuanto a su ejercicio.

En el primer caso, el respeto al contenido de tales derechos, viene a suponer el respeto al estándar mínimo del que es titular toda persona humana; pues existen derechos y deberes que –como garantía imprescindible de la dignidad humana– son incondicionales para toda persona, con independencia de su nacionalidad y de su estatus migratorio.

Y es que, si bien el art. 97 Cn. reconoce al legislador la posibilidad de establecer condicionamientos al ejercicio de los derechos fundamentales por parte de los extranjeros, ello no le habilita a ignorar otros preceptos constitucionales en los que se consagran los derechos de la persona humana independientemente de su calidad de nacional o extranjero.

No obstante se admita que la Constitución autoriza al legislador a establecer restricciones y limitaciones a los derechos fundamentales que puedan disfrutar los extranjeros en El Salvador, esa posibilidad no le habilita a afectar derechos que pertenecen a la persona en cuanto tal, y no como ciudadano, es decir aquellos que son imprescindibles para la dignidad humana que, conforme al art. 1 Cn., constituye el fundamento del orden político. Entre los cuales se incluye la *libertad ideológica*.

3. A. Sin embargo, tal como ya se ha afirmado, la libertad ideológica no es un derecho absoluto, con independencia del marco constitucional en el cual se inserta y se relaciona; por el contrario, a partir del momento en que el ejercicio de la misma trasciende la esfera personal de su titular mediante alguna de sus manifestaciones externas, ésta es susceptible de limitación.

Efectivamente, su ejercicio puede ser objeto de condicionamientos legales o normativos, incluso la misma Constitución prevé determinados límites a la libertad de expresión, que –dada la vinculación entre ambos derechos– pueden ser aplicados a la libertad ideológica, con las particularidades que ésta comporta. Entre ellos interesa destacar la subversión al orden público.

B. En la Constitución de 1962, el art. 158 establecía la prohibición de propagar doctrinas anárquicas o contrarias a la democracia –idéntica redacción con la disposición impugnada en el presente proceso–, en el mismo sentido se encontraba redactado el art. 158 de la Constitución de 1950; pese a ello, en la Constitución actual se ha suprimido dicho límite a la libertad de expresión.

De acuerdo con el *Informe Único* de la Comisión de Estudio del Proyecto de Constitución de 1983, la limitación relativa a la subversión del orden público denota un concepto de mayor facilidad en su tipificación, en tanto que se relaciona directamente con la supresión violenta del ordenamiento jurídico y político del Estado.

A ello se agregó que el concepto mismo de democracia conlleva en su esencia la posibilidad de permitir que aquellos que no están de acuerdo con sus postulados puedan modificarlos en forma pacífica mediante la difusión de sus ideas por medio legítimos.

La fortaleza de la democracia misma –se concluye– consiste en exponer sus postulados a la discusión y a la confrontación con el pensamiento totalitario. Ello no

significa –aclara– que el Estado permanezca inerte frente a los ataques ilegítimos, violentos, que pretendan suprimir el sistema consagrado en la Constitución.

C. Ello concuerda con las nociones establecidas sobre limitación de derechos, plasmadas en la Sentencia de 23-III-2001, pronunciada en el proceso de Inc. 8-97, en la cual se afirmó que la Constitución Salvadoreña no contiene una formulación expresa de los criterios que autorizan al legislador a imponer límites externos a los derechos fundamentales. Asimismo, en Sentencia de 14-II-1995, pronunciada en el proceso de Inc. 17-95, se estableció que las restricciones formuladas por el legislador al derecho general de libertad consagrado en los arts. 2 inc. 1º y 8 Cn. –y ello puede hacerse extensivo a todos los derechos fundamentales– sólo pueden imponerse para asegurar la convivencia social, en relación con los valores fundamentales del ordenamiento, la justicia, la seguridad jurídica y el bien común.

Al respecto, se concluyó que la necesidad de garantizar iguales derechos para todos, así como la de proteger el bien común y la seguridad jurídica –las condiciones que crean el marco político-jurídico para la plena realización de la persona humana– habilitan al legislador para limitar los derechos de una persona con el fin de hacerlos compatibles con el ejercicio de los derechos de los demás, o para preservar los fines constitucionalmente proclamados.

Sin embargo, en el presente caso, la prescripción legislativa de sanción migratoria por el ejercicio no lesivo de la libertad ideológica, *constituye una limitación injustificada a un derecho fundamental*, independientemente del estatus migratorio del titular; pues, la exteriorización de las propias creencias o de la propia visión del mundo –ideología– no puede generar consecuencias lesivas al orden constitucional o a derechos de terceros, debiendo declararse la inconstitucionalidad del art. 10 letra b) de la Ley de Migración, por resultar en violación al art. 6 Cn.

Con base en las razones expuestas, disposiciones citadas, y en virtud de los arts. 246 y 183 de la Constitución, 9, 10 y 11 de la Ley de Procedimientos Constitucionales, en nombre de la República de El Salvador esta Sala

Falla:

1. *Declárase* la derogatoria que por virtud del art. 249 Cn. se ha producido en el artículo 10 b) de la Ley de Migración, por inconstitucionalidad, en tanto que se ha constatado su contradicción con el artículo 6 de la Constitución, pues pretende la sanción migratoria a los extranjeros por el ejercicio de su libertad ideológica.

2. *Notifíquese* la presente resolución a todos los intervinientes.

3. *Publíquese* esta Sentencia en el Diario Oficial dentro de los quince días siguientes a esta fecha, debiendo remitirse copia de la misma al Director de dicho órgano oficial. ---A. G. CALDERON---V. de AVILÉS---J. E. TENORIO---J. ENRIQUE ACOSTA---M. CLARÁ---PRONUNCIADO POR LOS SEÑORES MAGISTRADOS QUE LO SUSCRIBEN---S. RIVAS DE AVENDAÑO---RUBRICADAS



## ACTUALIDAD JURISPRUDENCIAL

### ESPAÑA

..

Sentencia 240/2005 del Tribunal Constitucional y Voto Concurrente del magistrado Jorge Rodríguez Zapata .  
**Recurso de amparo. 10 de octubre de 2005.**

Sentencia 303/2005 del Tribunal Constitucional y Voto Particular del magistrado Roberto García-Calvo .  
**Recurso de amparo. 24 de noviembre de 2005.**

Sentencia 313/2005 del Tribunal Constitucional. **Recurso de amparo. 12 de diciembre de 2005.**

Sentencia 30/2006 del Tribunal Constitucional. **Recurso de amparo. 30 de enero de 2006.**

Sentencia 41/2006 del Tribunal Constitucional. **Recurso de amparo. 13 de febrero de 2006.**

Sentencia 114/2006 del Tribunal Constitucional. **Recurso de amparo. 5 de abril de 2006.**

Sentencia 135/2006 del Tribunal Constitucional y Voto Particular del magistrado Vicente Conde. **Recurso de amparo. 27 de abril de 2006.**

Sentencia 194/2006 del Tribunal Constitucional. **Recurso de amparo. 19 de junio de 2006.**

Sentencia 197/2006 del Tribunal Constitucional y Voto Particular del magistrado Pablo Pérez. **Recurso de amparo. 3 de julio de 2006.**

Sentencia 240/2006 del Tribunal Constitucional y Voto Particular de los magistrados Jorge Rodríguez Zapata y Roberto García-Calvo. **Recurso de amparo. 20 de julio de 2006.**

**Sentencias aportadas por Itziar Gómez Fernández  
Universidad Carlos III**



## ACTUALIDAD JURISPRUDENCIAL

### MERCOSUR

Laudo arbitral N° 11 del Tribunal Arbitral Ad Hoc. Controversia entre la República Oriental del Uruguay y la República de Argentina. 25 de octubre de 2005.

Laudo N° 1/2006 del Tribunal Permanente. Recurso de revisión presentado por la República Oriental de Uruguay contra el Laudo arbitral N° 11 de 2005.

Laudos aportados por Adriana Dreyzin de Klor



## ACTUALIDAD JURISPRUDENCIAL

### MÉXICO

Acción de inconstitucionalidad 20/2003 de la Suprema Corte . 6 de septiembre de 2005.

Amparo en revisión 2676/2003 de la Suprema Corte y Voto en Minoría de los ministros José Ramón Cossío y Juan N. Silva . 5 de octubre de 2005.

Amparo en revisión 24/2006 de la Suprema Corte y Voto Concurrente del ministro José Ramón Cossío . 5 de abril de 2006.

Solicitud para que la Suprema Corte ejerza la facultad contenida en el artículo 97 de la C.P. 1/2006 y Voto en Minoría de los ministros Genaro Góngora y Juan N. Silva. 24 de abril de 2006.

Voto particular del ministro José Ramón Cossío en la solicitud para que la Suprema Corte ejerza la facultad contenida en el artículo 97 de la C.P. 1/2006. 24 de abril de 2006.

Solicitud para que la Suprema Corte ejerza la facultad contenida en el artículo 97 de la C.P. 2/2006 y Voto Particular del ministro José Ramón Cossío. 26 de abril de 2006.

Tesis: P./J. 2/2006 . Cambio de criterio de la Suprema Corte en materia de extradición. Febrero de 2006.

Sentencias y tesis aportadas por Luisa Conesa



## Revista del Foro Constitucional Iberoamericano

### ACTUALIDAD JURISPRUDENCIAL

#### REPÚBLICA DOMINICANA

Sentencia del Pleno de la Suprema Corte de Justicia. **Acción de inconstitucionalidad.** 15 de diciembre de 2005.

Sentencia del Pleno de la Suprema Corte de Justicia. **Acción de inconstitucionalidad.** 26 de abril de 2006.

Sentencias aportadas por Daniel Valcarcel  
Universidad Carlos III



## ACTUALIDAD JURISPRUDENCIAL

### VENEZUELA

Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia N° 130 . Recurso de nulidad por inconstitucionalidad. 1 de febrero de 2006.

Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia N° 344 . Recurso de amparo. 24 de febrero de 2006.

Sentencias aportadas por María José Ruiz Sánchez  
Universidad Carlos III